

# Prijsvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door

Karel Daele<sup>1</sup>

Inleiding .....	958
Feiten van het geschil en prejudiciële vragen .....	959
Het arrest van het Hof .....	960
<i>A. Wettelijk kader</i> .....	960
<i>B. De eerste prejudiciële vraag</i> .....	960
<i>C. De tweede prejudiciële vraag</i> .....	961
<i>D. De derde prejudiciële vraag</i> .....	961
<i>E. De vierde prejudiciële vraag</i> .....	961
Commentaar .....	962
<i>A. Vergelijkende reclame en (het gebrek aan) bewegingsruimte voor de Lidstaten</i> .....	962
<i>B. Vergelijkende reclame en merkgebruik</i> .....	963
<i>C. Vergelijkende reclame en inkoopkanalen</i> .....	964
<i>D. Modaliteiten van prijsvergelijkingen</i> .....	965
Conclusie .....	967

## SAMENVATTING

*In de tweede uitspraak van het Europese Hof van Justitie over de toepassing van de communautaire bepalingen inzake vergelijkende reclame komen allerlei aspecten van prijsvergelijkingen aan bod. In haar oordeel toont het Hof zich opnieuw een groot voorstander van vergelijkende reclame. Ze sluit immers een aantal poortjes die het voeren van prijsvergelijkende reclame zouden kunnen bemoeilijken. Voor de praktijk is vooral van belang dat het prijsverschil tussen de vergeleken producten groter mag zijn dan het gemiddelde prijsverschil tussen de verkopers en dat er geen beperking staat op het aantal prijsvergelijkingen waartoe de adverteerder mag overgaan. Verder moet de geoorloofdeheid van vergelijkende reclame uitsluitend getoetst worden aan de communautair vastgestelde criteria en is er geen plaats voor eventuele strengere, nationale bepalingen inzake bescherming tegen misleidende reclame.*

## RÉSUMÉ

*Dans la deuxième décision de la Cour européenne de justice sur l'application des dispositions communautaires en matière de publicité comparative, on passe en revue tous les aspects des comparaisons de prix. Dans sa décision, la cour se montre à nouveau une grande partisane de la publicité comparative. Elle ferme en effet un certain nombre de portes qui auraient pu compliquer l'utilisation de la publicité comparative des prix. Pour la pratique, il est surtout important que la différence de prix entre des produits comparés peut être plus grande que la différence de prix moyen entre les vendeurs et qu'il n'existe pas de limitation au nombre de comparaisons de prix auquel l'annonceur peut procéder. En outre la légitimité de la publicité comparative est exclusivement jaugée à l'aune des critères établis au niveau communautaire et il n'existe pas de place pour les dispositions nationales éventuellement plus strictes en matière de protection contre la publicité trompeuse.*

## INLEIDING

1. Na het arrest *Toshiba/Katun*<sup>2</sup>, is de in deze aflevering afgedrukte beslissing *Pippig/Hartlauer* de tweede uitspraak van het Europese Hof van Justitie over de toepassing van de communautaire bepalingen inzake vergelijkende

<sup>1</sup> Advocaat Balie Brussel, Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP.

<sup>2</sup> H.v.J. 25 oktober 2001, C-112/99, *Jur.* 2001, I-7945 en *T.B.H.* 2002, p. 265.

reclame<sup>3</sup>. Nadat het Hof in *Toshiba/Katun* al een duidelijk standpunt had ingenomen met betrekking tot het begrip "vergelijkende reclame" en één van de acht toelaatbaarheidsvoorwaarden<sup>4</sup>, stelt de zaak *Pippig/Hartlauer* het Hof opnieuw in staat een aantal knopen inzake vergelijkende reclame, en meer bepaald prijsvergelijkingen, door te hakken. Het Hof heeft deze kans met beide handen aangegrepen door duidelijke en kordate antwoorden te formuleren op een

aantal prejudiciële vragen van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof. Het toont zich daarbij een groot voorstander van vergelijkende reclame en sluit een aantal poortjes die het voeren van dergelijke reclame zouden kunnen bemoeilijken. Aangezien de communautaire bepalingen inzake vergelijkende reclame zijn omgezet door de artikelen 22, § 2 en 23bis, Wet Handelspraktijken 1991 is deze Europese rechtspraak ook relevant voor de Belgische rechtspraak.

## FEITEN VAN HET GESCHIL EN PREJUDICIËLE VRAGEN

2. Pippig is een gespecialiseerde opticienzaak met drie winkels in Linz die een representatieve selectie van diverse bekende brilmerken verkoopt. Ze wordt rechtstreeks belevd door een aantal fabrikanten met wie ze een permanente handelsrelatie heeft. Hartlauer, daarentegen, is een winkelketen waarvan de over heel Oostenrijk verspreide filialen een uitgebreid gamma producten verkopen (elektro, computers, telefonie, enz.). Meer dan 100 van de Hartlauer-winkels hebben ook een opticienafdeling waar voornamelijk minder bekende brilmerken worden verkocht aan lage prijzen. 5% van het brillenaanbod betreft echter bekende brilmerken die Hartlauer, bij gebrek aan een rechtstreekse relatie met de fabrikanten, verkrijgt door parallelimport. Bijgevolg biedt Hartlauer meestal slechts enkele modellen van de bekende merken aan en heeft ze slechts een beperkt aantal exemplaren.

3. In september 1997 verspreidde Hartlauer 2.000.000 publiciteitsfolders waarin de brillen die zij verkocht werden vergeleken met de brillen aangeboden door opticienspecialisten. Daarin verklaarde Hartlauer dat uit 52 prijsvergelijkingen van brillen in de afgelopen zes jaar was gebleken dat er een prijsverschil van in totaal 204.777 Oostenrijkse Schilling (= € 15.200) en van gemiddeld 3.900 Oostenrijkse Schilling (= € 290) per bril bestond tussen haar prijzen en die van de traditionele opticiens. De folder stelde eveneens dat de winstmarge van de specialisten op glazen van het bekende merk Zeiss 717% bedroeg en dat Hartlauer constant door de optische industrie werd aangevallen omwille van haar lage prijzen. In de folder werd ten slotte ook specifiek de prijs vergeleken die Pippig aanrekende voor een Eschenbach-brilmontuur met Zeiss-glazen (5.785 Schilling = € 430) met de prijs die Hartlauer aanrekende voor dezelfde montuur

maar met glazen van een gelijkwaardige kwaliteit van het minder bekende merk Optimed (2.000 Schilling = € 149).

4. Dezelfde specifieke vergelijking werd ook gemaakt in een aantal radio- en tv-spots waarin de merknaam van de glazen niet werd vermeld en waarin niet duidelijk werd gemaakt dat de glazen van verschillende merken waren<sup>5</sup>. In de tv-spot werd ook de winkel van Pippig getoond met de vermelding van haar logo.

5. Het bleek dat de prijsvergelijking gebaseerd was op een proefaankoop die een werknemer van Hartlauer op 8 juli 1997 bij Pippig had gedaan waarbij hij specifiek had gevraagd naar een Eschenbach-montuur met de zeldzame en zeer dure Zeiss-glazen. Die bril werd op 1 augustus 1997 afgehaald, gefotografeerd en tweemaal in de folder van Hartlauer afgebeeld, eenmaal ter illustratie van de aanbieding van Pippig en eenmaal bij aanbieding van Hartlauer van de Eschenbach-montuur met Optimed-glazen. Blijkbaar werden de Eschenbach-monturen ten tijde van de proefaankoop nog niet door Hartlauer verkocht. Op het moment van de reclame was dit wel het geval, zij het in kleine hoeveelheden en niet in alle uitvoeringen.

6. Pippig beweerde schade te lijden ingevolge deze vergelijkende reclame en dagvaardde Hartlauer. Zij vorderde de staking van de betwiste reclame, de publicatie van het tussen te komen vonnis en een schadevergoeding. Zowel in eerste aanleg als in beroep werd Pippig op de meeste, doch niet op alle punten, in het gelijk gesteld.

Zowel Pippig als Hartlauer gingen hiertegen in beroep bij het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof. De volgende vragen werden aan het Oostenrijkse Hof voorgelegd: (1) is de vergelij-

<sup>3</sup> Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lidstaten inzake misleidende reclame, *O.J.* L 250, p. 17; Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *O.J.* L 290, p. 18.

<sup>4</sup> Krachtens art. 3bis, § 1, lid g, Richtlijn 97/55 is vergelijkende reclame toelaatbaar indien ze geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van het merk, de handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten; zie ook art. 23bis, § 1, 7°, Wet Handelspraktijken 1991.

<sup>5</sup> De tekst van de radiospot luidde: "... Hier is het resultaat van deze nieuwe prijsvergelijking: op 1 augustus kost een bril met hetzelfde nummer en dezelfde Eschenbach-montuur 5.785 Schilling bij Pippig en 2.000 Schilling bij Hartlauer. Hetzelfde geldt voor eender welke andere bril. Het verschil, het prijsverschil is duidelijk. Groeten, Franz Josef Hartlauer...". De tv-spot klonk gelijkaardig: "Wat kost deze bril, de glazen inbegrepen? Bij die opticien in de Landstrasse te Linz meer dan 5.700 Schilling. Bij mij, slechts 2.000 Schilling. Hetzelfde geldt voor eender welke andere bril. Groeten, Franz Josef Hartlauer...".

king tussen brillen met glazen van bekende merken en brillen met glazen van minder bekende merken rechtmatig?; (2) is de vergelijking tussen een merkproduct aangekocht bij de fabrikant en hetzelfde merkproduct aangekocht via de parallelle markt een vergelijking tussen gelijken?; (3) is een vergelijking die is gesteund op een proefaankoop die plaatsheeft vooraleer de adverteerder zijn eigen product te koop aanbiedt en die het prijsverschil maximaliseert rechtmatig? en (4) brengt een vergelijking die suggereert dat opticienspe-

ciaalzaken buitensporige prijzen aanrekenen deze speciaalzaken in diskrediet?.

Gelet op de communautaire bepalingen inzake vergelijkende reclame, achtte het Oberste Gerichtshof het raadzaam om in het kader van de beslechting van de betwiste punten de in randnummer 21 van het hierna gepubliceerd arrest opgesomde prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie. Naast de partijen in deze zaak, kwamen in de procedure voor het Hof ook de Oostenrijkse regering en de Europese Commissie tussen.

## HET ARREST VAN HET HOF

### A. Wettelijk kader

7. Het Hof schetst vooreerst het communautair wettelijk kader. Richtlijn 84/450 definieert het begrip “*misleidende reclame*” en uit haar preambule blijkt dat inzake het al dan niet bestaan van misleidende reclame objectieve minimum-criteria moeten gelden. Het Hof herneemt vervolgens de definitie van vergelijkende reclame en somt de toelaatbaarheidsvoorwaarden op. Het haalt tevens artikel 7 van Richtlijn 84/450 aan dat in haar eerste lid de Lidstaten de mogelijkheid biedt inzake misleidende reclame strengere, nationale voorschriften te hanteren maar dat in haar tweede lid bepaalt dat deze mogelijkheid niet geldt inzake vergelijkende reclame voorzover het de vergelijking betreft<sup>6</sup>.

8. Het Hof somt ook een aantal belangrijke overwegingen op die aan Richtlijn 97/55 ten grondslag lagen: het belang van een uniforme harmonisatie van de basisbepalingen inzake vergelijkende reclame ter voltooiing van de interne markt ten voordele van de consument; het belang van en de principiële mogelijkheid tot het vermelden van andermans merknaam; de onmogelijkheid voor Lidstaten om inzake vergelijkende reclame strengere, nationale voorschriften te handhaven aangezien de aanpassing van Richtlijn 84/450 juist beoogde om dié voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is.

### B. De eerste prejudiciële vraag

9. Zoals wel vaker gebeurt, herformuleert het Hof de vraag en onderscheidt ze verschillende onderdelen. Het eerste onderdeel betreft de vraag of de in artikel 7, lid 2, van de richtlijn vermelde onmogelijkheid voor de Lidstaten om

inzake misleiding strengere, nationale regels te hanteren van toepassing is op alle onderdelen van de vergelijking – d.i. het aanbod van de adverteerder, het aanbod van de vergeleken concurrent en de onderlinge verhouding tussen deze aanbiedingen – dan wel op alleen die onderlinge verhouding.

Het Hof brengt eerst haar *Toshiba/Katun*-arrest in herinnering waarin het duidelijk heeft gekozen voor een ruime definitie van het begrip “*vergelijkende reclame*”. Vervolgens overweegt het Hof dat het wezen van elke vergelijkende reclame erin bestaat de voordelen van het aanbod van de adverteerder te belichten ten aanzien van het aanbod van de vergeleken concurrent. Derhalve moet elke vergelijkende reclame de verschillen tussen de aanbiedingen benadrukken door de voornaamste kenmerken ervan te beschrijven. De vergelijking volgt dan automatisch uit die beschrijving. Bijgevolg dient er geen onderscheid gemaakt te worden tussen de verschillende bestanddelen van de vergelijking.

10. Het tweede onderdeel van de vraag peilt naar de mogelijkheid voor Lidstaten om inzake vergelijkende reclame strengere, nationale regels te hanteren via de toelaatbaarheidsvoorwaarde in artikel 3bis, § 1, lid a dat reclame niet misleidend mag zijn en de in artikel 7, lid 1 voorziene mogelijkheid voor Lidstaten om inzake misleidende reclame strengere, nationale regels toe te passen<sup>7</sup>.

Het Hof erkent vooreerst dat er een klaarblijkelijke tegenspraak bestaat tussen, enerzijds, artikel 3bis, § 1, lid a dat verwijst naar artikel 7, § 1 dat de Lidstaten expliciet toelaat om inzake misleidende reclame strenger op te treden en, anderzijds, artikel 7, § 2 dat artikel 7, § 1 uitdrukkelijk buiten werking stelt inzake vergelijkende reclame. Om deze tegenspraak uit te klaren grijpt het Hof terug naar zijn eigen rechtspraak en de doelstellingen van Richtlijn 84/450. Het

<sup>6</sup> Art. 7 Richtlijn 84/450 bepaalt: “1. Deze richtlijn belet de lidstaten niet voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming, op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen. 2. Lid 1 is niet van toepassing op vergelijkende reclame voor zover het de vergelijking betreft...”.

<sup>7</sup> Art. 3bis Richtlijn 84/450 bepaalt: “1. Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze: a) niet misleidend is in de zin van artikel 2, lid 2, artikel 3 en artikel 7, lid 1...”.

Hof herhaalt dat de aan de vergelijkende reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest bevorderlijke zin moeten worden uitgelegd<sup>8</sup>. Verder overweegt het dat het feit dat vergelijkende reclame toegestaan dan wel verboden is naargelang de toepasselijke nationale wetgeving het vrije verkeer belemmert en concurrentievervalsing veroorzaakt. Het Hof besluit, derhalve, dat Richtlijn 84/450 de toelaatbaarheidsvoorwaarden van vergelijkende reclame uitputtend heeft geharmoniseerd. Dit houdt in dat de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame uitsluitend moet getoetst worden aan de communautaire bepalingen ter zake. Strengere, nationale bepalingen inzake misleidende reclame zijn, met andere woorden, niet van toepassing op vergelijkende reclame wat de inhoud en de vorm van de vergelijking betreft.

11. In het derde onderdeel is de vraag aan de orde of de vergelijking tussen producten van verschillende merken geoorloofd is wanneer de merknamen zelf niet worden vermeld.

Alvorens deze vraag te beantwoorden geeft het Hof een overzicht van de voorwaarden die van toepassing zijn op het merkgebruik in vergelijkende reclame. Het haalt vooreerst de voorwaarden aan die in de richtlijn in dit verband zijn opgesomd. Vergelijkende reclame mag geen verwarring tussen de adverteerder en de concurrent opleveren (art. 3*bis*, § 1, lid d), mag niet de goede naam schaden of zich kleinerend uitlaten over de merken van de concurrent (art. 3*bis*, § 1, lid e) en mag geen oneerlijk voordeel opleveren ten gevolge van de bekendheid van een merk van de concurrent (art. 3*bis*, § 1, lid g). Voorts verwijst het Hof naar zijn uitspraak in *Toshiba/Katun* die het vermelden van andermans merk toelaat voor zover dit nodig is om het publiek in te lichten over de aard van de aangeboden producten. Het staat de adverteerder, met andere woorden, vrij om in een vergelijkende reclame het merk van een concurrent al dan niet te noemen.

Het Hof stelt vervolgens dat in het geval waarin het merk de keuze van de koper merkbaar kan beïnvloeden en de vergelijking betrekking heeft op producten van merken die inzake bekendheid aanzienlijke verschillen vertonen, het weglaten van het bekendste merk misleidend is. Een dergelijke vergelijkende reclame is derhalve verboden. Het is finaal aan de nationale rechter om van geval tot geval te oordelen of deze voorwaarden zijn vervuld waarbij hij de vermoedelijke verwachting van de gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument voor ogen moet houden.

## C. De tweede prejudiciële vraag

12. Vervolgens wordt het Hof gevraagd of verschillen in de aanschaf van de vergeleken producten (rechtstreeks bij de fabrikant of via de omweg van de parallelimport) een invloed kunnen hebben op de geoorloofdheid van vergelijkende reclame.

Het antwoord van het Hof is kort en krachtig. De toelaatbaarheidsvoorwaarden van vergelijkende reclame zijn door Richtlijn 84/450 uitputtend geharmoniseerd en de vereiste dat de vergeleken producten via dezelfde distributiekanaal worden betrokken wordt niet gesteld. Bovendien zou een dergelijke vereiste in strijd zijn met de doelstellingen van de interne markt en de vrije mededinging waarin de parallelvoer een belangrijke rol speelt ter vermindering van de afscherming van nationale markten. Richtlijn 84/450 verzet er zich derhalve niet tegen dat de vergeleken producten via verschillende distributiekanaal zijn aangeschaft.

## D. De derde prejudiciële vraag

13. Aan het Hof wordt voorgelegd of artikel 3*bis*, § 1, Richtlijn 84/450 zich ertegen verzet dat de adverteerder nog vóór het begin van zijn eigen aanbieding een proefaankoop verricht bij de vergeleken concurrent.

Opnieuw antwoordt het Hof kort en duidelijk. Een dergelijke proefaankoop is op zich niet verboden en de reclame gebaseerd op een dergelijke aankoop is geoorloofd tenzij niet zou zijn voldaan aan een van de toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 3*bis*, § 1, van de richtlijn. Hierover moet de nationale rechter oordelen.

## E. De vierde prejudiciële vraag

14. Het eerste onderdeel van deze vraag betreft de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame waarin de vergeleken producten aldus gekozen zijn dat een groter prijsverschil wordt bekomen dan het gemiddelde prijsverschil en/of wanneer doorlopend vergelijkingen worden gemaakt en aldus de indruk wordt gewekt dat de prijzen van de concurrent te hoog zijn. Meer bepaald stelt zich de vraag of een dergelijke vergelijkende reclame de goede naam van de concurrent schaadt in de zin van artikel 3*bis*, § 1, lid e.

Het Hof antwoordt dat prijsvergelijkingen in de aard zelf van vergelijkende reclame liggen. De prijsvergelijking op zich kan bijgevolg geen aantasting zijn van de goede naam van de concurrent die hogere prijzen hanteert, noch hem kleineren. Daarnaast behoort het tot de vrije economische keuze van elke adverteerder hoe vaak hij zijn eigen producten wil ver-

<sup>8</sup> Zie ook H.v.J. 25 oktober 2001, C-112/99, *Jur.* 2001, I-7945, r.o. 37.

gelijken met die van zijn concurrenten. Ten slotte zou een eventuele verplichting om elke prijsvergelijking te beperken tot de gemiddelde prijzen van de door de adverteerder en de concurrent aangeboden producten in strijd zijn met de doelstellingen van de Europese wetgever. Vergelijkende reclame moet er immers toe bijdragen dat de voordelen van de vergeleken producten objectief worden belicht. Deze objectiviteit vereist dat de personen tot wie de reclame zich richt precies de werkelijke prijsverschillen tussen de vergeleken producten kunnen kennen en niet alleen het gemiddelde prijsverschil.

15. Het tweede onderdeel betreft de vraag of een vergelijkende reclame de goede naam van de concurrent schaadt in de zin van artikel 3bis, § 1, lid e en dus ongeoorloofd is wanneer zij naast de naam van de concurrent ook zijn logo en een afbeelding van zijn winkel toont.

Opnieuw is het Hof heel kort van stof. Een dergelijke afbeelding is geoorloofd mits de vergelijkende reclame aan alle toelaatbaarheidsvoorwaarden voldoet.

## COMMENTAAR

### A. Vergelijkende reclame en (het gebrek aan) bewegingsruimte voor de Lidstaten

16. De vraag van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof inzake de betekenis van de zinsnede “*Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat ...*” in artikel 3bis, § 1 en inzake de verhouding tussen artikel 7, § 1 en § 2 is van groot praktisch belang. Deze rechters vroegen zich inderdaad terecht af of niet uitsluitend de daadwerkelijke vergelijking op zich volgens de communautaire regels inzake vergelijkende reclame moet worden beoordeeld. De mededelingen over het aanbod van de adverteerder op zich en dat van de concurrent op zich zouden dan kunnen worden beoordeeld volgens o.a. de regels van de misleidende reclame die in artikel 7, § 1 de Lidstaten de mogelijkheid bieden om strengere, nationale regels te hanteren. Het aanvaarden van deze argumentatie zou in de praktijk grensoverschrijdende vergelijkende reclame bemoeilijken omdat telkens opnieuw de stand van de diverse nationale wetgevingen inzake misleiding zou moeten worden onderzocht.

17. Aan de oorsprong van deze problematiek ligt uiteraard de onhandige redactie van artikel 3bis, § 1, lid a en artikel 7, § 1 en § 2 die verschillende interpretaties toelaat.

Volgens Pippig en de Oostenrijkse regering dienden deze bepalingen zo te worden uitgelegd dat een strenger nationaal criterium inzake misleiding geoorloofd is voor het in artikel 3bis, § 1, lid a bedoelde risico van misleiding maar niet voor de omschrijving van vergelijkende reclame, noch voor de andere toelaatbaarheidsvoorwaarden opgesomd in artikel 3bis, § 1, lid b tot en met h.

Hartlauer en de Commissie, daarentegen, hielden voor dat artikel 7, § 2 voor alle bestanddelen van de vergelijkende reclame een vaste en uitputtende norm had ingevoerd die geen ruimte liet voor een nationale regeling of rechtspraak die strengere criteria zou hanteren met betrekking tot de geoorloofdheid van dergelijke reclame.

Volgens advocaat-generaal Tizzano, ten slotte, diende artikel 7, § 2 enkel te beletten dat Lidstaten bovenop de acht in artikel 3bis, § 1 opgesomde communautaire toelaatbaarheidsvoorwaarden nog bijkomende voorwaarden zouden opleggen. Tevens zag hij een opening om artikel 7, § 1 en 7, § 2 met elkaar te verzoenen. Zijn uitgangspunt was dat artikel 7, § 1 van toepassing is op misleidende reclame, dat artikel 3bis, § 1, lid a dat op vergelijkende reclame van toepassing is uitdrukkelijk verwijst naar artikel 7, § 1 en dat artikel 7, § 2 enkel van toepassing is op vergelijkende reclame “*voor zover het de vergelijking betreft*”. Artikel 7, § 2 zou aldus niet spelen – en meteen zouden strengere, nationale regels via artikel 7, § 1 ook op vergelijkende reclame kunnen worden toegepast – wanneer een reclame weliswaar als een vergelijkende reclame moet worden beschouwd omdat ze een concurrent uitdrukkelijk of impliciet noemt zonder dat deze vergelijkende reclame evenwel een daadwerkelijke en effectieve vergelijking inhoudt van de producten van de adverteerder en deze van de concurrent.

18. Het Hof is het evenwel niet met zijn advocaat-generaal eens. Zijn basisstelling is dat de aan vergelijkende reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest bevorderlijke zin moeten worden uitgelegd en dat Richtlijn 84/450 inzake vergelijkende reclame een maximale harmonisatie beoogt. Het oordeelt vervolgens dat de geoorloofdheid van vergelijkende reclame wat de inhoud en de vorm van de vergelijking betreft uitsluitend moet worden beoordeeld aan de hand van de communautair vastgestelde criteria met uitsluiting van eventuele strengere, nationale bepalingen inzake bescherming tegen misleidende reclame.

Dit oordeel moet worden bijgetreden aangezien er anders over oordelen meteen de deur zou openen voor allerlei strengere en afwijkende nationale regelingen die grensoverschrijdende vergelijkende reclame opnieuw zouden bemoeilijken met alle gevolgen van dien. Anderzijds noopt dit oordeel tot een tweetal bedenkingen. Ten eerste zullen consumenten, handelaars en het publiek in het algemeen in een aantal Lidstaten kunnen rekenen op een betere bescherming tegen misleidende elementen in “*gewone*” reclame terwijl ze niet van

die bijkomende bescherming zullen kunnen genieten wanneer de misleiding is vervat in een vergelijkende reclame. Ten tweede miskent het standpunt van het Hof toch enigszins de uitdrukkelijke verwijzing in artikel 3bis, § 1, lid a) naar artikel 7, § 1. Mogelijk beschouwt het Hof deze verwijzing als een vergissing of vergetelheid in hoofde van de Europese wetgever zonder dat het dit echter met zoveel woorden zegt.

19. Ten slotte kan nog de vraag worden gesteld of het feit dat strengere nationale bepalingen niet kunnen worden toegepast op vergelijkende reclame “*wat de vorm en de inhoud van de vergelijking betreft*” misschien nog een opening laat. Het antwoord lijkt me negatief. Het Hof definieert het begrip “*vergelijking*” immers, zij het impliciet, ruim. Het gaat er inderdaad van uit dat wanneer de voornaamste kenmerken van de door de adverteerder en de concurrent aangeboden goederen worden beschreven, de vergelijking automatisch – en dus zonder zoveel woorden – uit die beschrijving volgt. Het noemen van het eigen aanbod en het noemen van het aanbod van de concurrent behoort, met andere woorden, al tot “*de vergelijking*”. Aldus blijven er nog maar bitter weinig elementen in een vergelijkende reclame over die niet onder het begrip “*vergelijking*” vallen. Ook op die manier wordt de speelruimte voor afwijkende, nationale regels dus beperkt.

## B. Vergelijkende reclame en merkgebruik

20. Zowel in eerste aanleg als in beroep hadden de Oostenrijkse rechters geoordeeld dat prijsvergelijkingen tussen producten van bekende en minder bekende merken ontoelaatbaar zijn indien de merknamen niet worden vermeld.

Het Hof is het daar m.i. terecht niet mee eens. Het omgekeerde oordeel zou erop hebben neergekomen dat aan vergelijkbare reclame een toelaatbaarheidsvoorwaarde – te weten de verplichte vermelding van de merknamen van de fabrikanten – zou worden toegevoegd hetgeen uiteraard tot de bevoegdheid van de Europese wetgever behoort en niet tot die van het Europese Hof van Justitie. Bovendien zou een dergelijke algemene verplichting het voeren van vergelijkende reclame danig kunnen bemoeilijken, in sommige gevallen zelfs onmogelijk kunnen maken. Veel producten – zoals bijvoorbeeld een auto – zijn immers samengesteld uit tal van onderdelen afkomstig van diverse merken. Het kan inderdaad niet de bedoeling zijn dat voor al deze onderdelen de merknaam zou moeten worden vermeld.

Anderzijds is het niet-vermelden van een concurrerend merk dan ook weer niet totaal onschuldig. De omissie van het bekendste merk kan inderdaad misleiden wanneer de consument belang hecht aan het merk en de betrokken merken qua bekendheid aanzienlijk verschillen. Het Hof grijpt aldus terug naar de definitie van “*misleidende reclame*” in de zin dat het misleidend karakter van een reclame het economi-

sche gedrag moet kunnen beïnvloeden van degene tot wie de reclame zich richt. Indien de aangesproken persoon zou weten dat het door de adverteerder aangeboden product niet van hetzelfde, bekende merk is als dat van de vergeleken concurrent, zou hij inderdaad mogelijk afzien van de aankoop van het minder bekende product. Het is aan de nationale rechter om daarover te oordelen in het licht van de doorsnee – en dus niet de minst of meest merkgevoelige – consument.

21. Het merkgebruik in vergelijkende reclame komt ook nog op een andere manier aan bod in deze zaak. Op de vraag of de loutere afbeelding van het logo en de winkelgevel van een concurrent, naast de vermelding van zijn naam, de goede naam van de concurrent schaadt of kleinerend is in de zin van artikel 3bis, § 1, lid e antwoordt het Hof negatief voorzover uiteraard aan de andere toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 3bis, § 1 is voldaan. Het verwijst daarbij naar overweging 15 van de Richtlijn 97/55 die zou bepalen dat het gebruik van het merk, de handelsnaam of een ander onderscheidingsteken van een derde geen inbreuk vormt op het exclusieve recht (van de houder van het merk, de handelsnaam,...) indien daarbij de in de richtlijn vastgestelde voorwaarden zijn nageleefd. Het Hof lijkt aldus een vrij liberaal standpunt in te nemen over het gebruik van andermans merk of onderscheidingsteken in vergelijkende reclame. Dit gebruik lijkt zonder meer toegelaten voorzover dit niet tot verwarring leidt (art. 3bis, § 1, lid d), dit niet de goede naam schaadt of kleinerend is (art. 3bis, § 1, lid e) en dit geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van andermans merk of onderscheidende kenmerken (art. 3bis, § 1, lid g).

De vraag rijst of de uitleg die het Hof aan overweging 15 geeft evenwel volledig juist is. Overweging 15 staat immers niet op zich en moet worden samengelezen met overweging 13 en 14. Overweging 13 bepaalt dat artikel 5 van de Merkrichtlijn 89/104 de merkhouders exclusieve rechten verleent waaronder het recht derden te verbieden in het economisch verkeer hetzelfde of een vergelijkbaar teken te gebruiken voor dezelfde producten of diensten of in voorkomend geval zelfs voor andere producten. Overweging 14 voorziet hierop evenwel in een uitzondering en stelt dat “*het voor een doeltreffende vergelijkende reclame evenwel noodzakelijk kan zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te maken van een merk waarvan deze laatste de houder is of van diens handelsnaam*”. Overweging 15 concludeert vervolgens dat “*een dergelijk gebruik van het merk, de handelsnaam of een ander onderscheidingsteken van een derde, voorzover daarbij de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden worden nageleefd, geen inbreuk vormt op het exclusieve recht van die derde aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen*”.

Het “*dergelijk gebruik*” van andermans merk of onderschei-

dend teken dat krachtens overweging 15 geen inbreuk uitmaakt op andermans exclusieve recht lijkt te verwijzen naar het vermelden van andermans merk dat krachtens overweging 14 “noodzakelijk” is om een doeltreffende vergelijkende reclame mogelijk te maken. Alleen dit “noodzakelijke” gebruik van andermans merk of onderscheidende teken lijkt een valabele uitzondering op de in principe exclusieve rechten van de derde aangezien er in dat geval – om het met de woorden van overweging 15 te stellen – uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en de verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen. Indien de melding van andermans merk of onderscheidend teken, daarentegen, niet noodzakelijk is voor het voeren van een doeltreffende vergelijkende reclame, lijkt overweging 15 niet de vereiste wettelijke grondslag te leveren om andermans merk of onderscheidend teken te gebruiken zonder inbreuk te maken op zijn exclusieve rechten.

Het Hof had meer duidelijkheid in deze kwestie kunnen brengen door in te gaan op de zinsnede in de vierde vraag van het Oberste Gerichtshof of “*de mededelingen over de naam van de concurrent tot het hoogst noodzakelijke moeten worden beperkt*”<sup>9</sup>. Het Hof heeft aan dat deel van de vraag echter geen aandacht besteed. Mogelijk kan deze discussie echter nog worden opgevestigd wanneer de afbeelding van het logo en de winkelgevel – zoals het Hof aangeeft – wordt getoetst aan de andere toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 3bis, § 1, meer bepaald aan voorwaarde g) die verbiedt dat een oneerlijk voordeel wordt bekomen ten gevolge van de bekendheid van een merk, een handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent.

Zo leert het reeds aangehaalde *Toshiba/Katun*-arrest voor eerst dat een door een onderneming gebruikt teken als een onderscheidend kenmerk kan worden aangemerkt wanneer het publiek dit teken identificeert als afkomstig van een bepaalde onderneming<sup>10</sup>. Aangezien het publiek de winkelgevel van Pippig zal identificeren als zijnde afkomstig van Pippig, kan die winkelgevel beschouwd worden als een onderscheidend kenmerk van Pippig<sup>11</sup>. Hetzelfde arrest bepaalt vervolgens dat niet kan worden gesteld dat een adverteerder oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van de onderscheidende kenmerken van zijn concurrent, indien een verwijzing naar deze kenmerken de voorwaarde is (lees noodzakelijk is) voor een daadwerkelijke concurrentie op de betrokken markt<sup>12</sup>. Overigens erkende het Hof in het *Toshiba*-arrest dat Katun haar producten moeilijk kon vergelijken met die van haar concurrent Toshiba zonder te verwijzen naar de onderscheidende kenmerken (de artikelnummers van de Toshiba-producten) van Toshiba<sup>13</sup>, hetgeen opnieuw een impliciete verwijzing naar de noodzakelijkheid uitmaakt. *A contrario*, zou kunnen worden geargumenteed dat

een adverteerder dus wel oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van andermans merk of onderscheidend kenmerk wanneer dit gebruik geen voorwaarde is voor een daadwerkelijke concurrentie of dus niet strikt noodzakelijk is.

In de zaak *Pippig* lijkt de afbeelding van het logo en de winkelgevel van Pippig me geenszins noodzakelijk voor een daadwerkelijke concurrentie omdat Hartlauer hoe dan ook reeds de naam van Pippig had vermeld en zich aldus al voldoende had onderscheiden van Pippig. Bovendien is het zeker niet uit te sluiten dat Hartlauer inderdaad voordeel haalt uit de afbeelding van Pippigs winkelgevel omdat de consumenten deze winkel bijvoorbeeld associëren met een uitgebreid gamma van merkbrillen (terwijl Hartlauer slechts enkele exemplaren heeft van een beperkt aantal modellen van merkbrillen) of met gespecialiseerde opticien-winkelbedienden (terwijl de verkopers in de Hartlauer-winkels bijvoorbeeld geen bijzondere opleiding zouden hebben genomen) en zij die reputatie eventueel deels ook gaan toeschrijven aan de Hartlauer-winkels.

### C. Vergelijkende reclame en inkoopkanalen

22. Het oordeel van het Hof dat de vereiste dat vergeleken producten via dezelfde distributiekanaalen worden betrokken niet tot de acht communautaire toelaatbaarheidsvoorwaarden in artikel 3bis, § 1, van de richtlijn behoort is uiteraard correct. Anderzijds had het Hof zijn schijnbaar onvoorwaardelijke instemming met vergelijkingen van producten die via verschillende distributiekanaalen zijn aangeschaft kunnen en moeten nuanceren.

Zoals de Oostenrijkse Regering, de Europese Commissie en advocaat-generaal Tizzano in deze zaak hebben aangegeven, kan het niet-vermelden van de verschillende distributiekanaalen immers misleidend zijn – waardoor de vergelijkende reclame onder artikel 3bis, § 1, lid a, van de richtlijn ongeoorloofd zou zijn – wanneer het soort distributiekanaal voor de consument van belang is. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een rechtstreekse relatie tussen de verkoper en de fabrikant de consument verzekert van een vlotte toegang tot vervangingsonderdelen, accessoires of diensten-na-verkoop. Dit kan ook van belang zijn wanneer de aard van het distributiekanaal zich vertaalt in de omvang van het aangeboden gamma en de hoeveelheid en frequentie van de aangeboden producten.

Het Hof lijkt met dit alles evenwel geen rekening te hebben gehouden. In die zin ware het correcter geweest indien het Hof – naar analogie met het belang van het vermelden van

<sup>9</sup> R.o. 21 van het arrest.

<sup>10</sup> R.o. 49 van het *Toshiba*-arrest.

<sup>11</sup> Zie ook E.R. *Vollebregt*, noot, *S.E.W.* 2003, p. 444.

<sup>12</sup> R.o. 54 van het *Toshiba*-arrest.

<sup>13</sup> R.o. 59 van het *Toshiba*-arrest.

verschillende merknamen – had geoordeeld dat ofschoon het de adverteerder in beginsel vrijstaat om in vergelijkende reclame de betrokken distributiekanaal al dan niet te noemen, de nationale rechter toch dient na te gaan of in bijzondere omstandigheden, die verband houden met het belang van het distributiekanaal voor de consument, het weglaten van de verschillende distributiekanaal misleidend kan zijn.

Een recent voorbeeld uit de Belgische rechtspraak betreft de reclameactie die autohandelaar Cardoen had opgezet waarin een prijsvergelijking werd gemaakt tussen een aantal automodellen die Cardoen op de parallelle markt had gekocht en diezelfde modellen die in het officiële dealernetwerk van de betrokken merken te koop werden aangeboden. Eén gevolg van het feit dat de auto's via verschillende distributiekanaal waren aangeschaft was dat de vergeleken auto's onderling verschilden. Een auto die voor de Italiaanse markt is bestemd en die via de parallelle handel in België wordt aangeboden heeft bijvoorbeeld een andere basisuitrusting dan eenzelfde auto die wel voor de Belgische markt is bestemd, auto's die op parallelle markt worden aangeboden zijn dikwijls niet van het laatste model of bouwjaar terwijl de auto's in het officiële netwerk dat meestal wel zijn, enz. In dergelijke concrete gevallen kan het vermelden van het distributiekanaal relevant zijn en het niet-vermelden ervan eventueel misleidend. Overigens heeft de rechtspraak de betrokken reclameactie van Cardoen vrijgesproken o.a. omwille van het feit dat de consument precies de specifieke distributie- en verkooppolitiek van Cardoen in vergelijking met de officiële dealers kende en dus niet werd misleid<sup>14</sup>.

## D. Modaliteiten van prijsvergelijkingen

**23.** In het besproken arrest komen ook een aantal specifieke modaliteiten van prijsvergelijkingen aan bod. Eén daarvan betreft de zogenaamde proefaankoop waarbij de adverteerder vooraleer zijn vergelijkende reclame te lanceren eerst bij zijn concurrent het te vergelijken product (meestal op anonieme basis) aankoopt om vervolgens de vergelijkende reclame op die proefaankoop te enten. Uiteraard is een dergelijke aankoop niet geheel objectief in de zin dat de "mystery shopper" de aan te kopen producten niet willekeurig zal selecteren maar op zoek zal gaan naar dié producten waar het potentiële prijsverschil het grootst zal zijn. Daarbij komt nog dat de proefaankoop meestal zal geschieden vóór het begin van de aanbieding van de adverteerder.

Het Hof heeft zich in zeer weinig woorden uitgesproken voor een dergelijke proefaankoop, zelfs indien die plaatsheeft voor het begin van de aanbieding van de adverteerder, voorzover deze aankoop voldoet aan alle voorwaarden van geoorloofde vergelijkende reclame. Pippig had geargumen-

teerd dat een dergelijke proefaankoop niet kon geschieden vooraleer Hartlauer zelf eerst het betrokken product had te koop aangeboden. In dat geval zou Pippig op Hartlauer's initiële prijs kunnen gereageerd hebben met een prijsverlaging. Indien Hartlauer vervolgens tot een prijsvergelijking zou zijn overgegaan zou deze vergelijking uiteraard minder rooskleurig voor Hartlauer zijn uitgevallen. Het Hof ging hierop echter niet in, vermoedelijk omdat het aanvaarden van Pippig's argument het voeren van prijsvergelijkingen danig zou hebben belemmerd.

Dit neemt niet weg dat, zoals het Hof aangeeft, de proefaankoop en de daarop steunende vergelijkende reclame hoe dan ook aan alle toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 3bis, § 1, van de richtlijn moet voldoen. In het bijzonder lijkt het verbod op misleiding hier relevant. De proefaankoop moet op zich correct gebeuren en dient nadien correct te worden gebruikt. Deze problematiek was recent aan de orde in een arrest van 11 juni 2002 van het Hof van Beroep te Brussel<sup>15</sup>. Een lokale vestiging van een warenhuisketen had met betrekking tot een aantal producten op 29 oktober 2001 een proefaankoop gedaan bij een plaatselijke concurrent en diezelfde dag dezelfde producten bij haarzelf aangekocht. De prijsvergelijking van deze korf producten viel uit in het voordeel van de warenhuisketen en deze adverteerde op 30 oktober 2001, of één dag na de proefaankoop, de prijsvergelijking en haar prijsvoordeel waarbij ze uitdrukkelijk vermeldde dat de aankopen waren gebeurd op 29 oktober 2001. Op diezelfde 30 oktober 2001 pakte de concurrent evenwel uit met een aantal kortingen op de vergeleken producten. Hoewel de gevoerde prijsvergelijking dus correct was op de dag van aankoop van de producten op 29 oktober, bleek deze vergelijking een dag later al niet meer correct. Aangezien de warenhuisketen haar prijsvergelijking – die tien dagen gold – echter niet had aangepast, werd geoordeeld dat de vergelijking niet objectief was.

**24.** Een ander voor de praktijk zeer belangrijk punt betreft de hoegrootheid van het geadverteerde prijsverschil. Een adverteerder zal uiteraard op zoek gaan naar dié producten waarop het prijsverschil het grootst is. Dit uiterste prijsverschil is dan niet representatief wanneer het algemene, normale prijsverschil tussen de vergeleken concurrenten veel kleiner is. Aan het Hof werd gevraagd of het dusdanig kiezen van de bij de concurrent aangekochte producten waardoor een groter dan normaal prijsverschil wordt bekomen wel nog objectief is en of dit de goede naam van de vergeleken concurrent niet schaadt. Een juister alternatief zou er volgens Pippig hebben in bestaan om prijsvergelijkingen te beperken tot de gemiddelde prijzen van de producten van de adverteerder en deze van de concurrent.

Het Hof verwerpt deze argumentatie en stelt heel duidelijk dat prijsvergelijkingen op zich de goede naam van de verge-

<sup>14</sup>. Vz. Kh. Gent 18 november 2002, *T.B.H.* 2003, 605 met noot K. DAELE, "Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse".

<sup>15</sup>. *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 111.



leken concurrent niet kunnen schaden. Bovendien is het juist objectief dat de consument het daadwerkelijke prijsverschil kent en niet alleen een gemiddeld prijsverschil. Aldus laat het Hof de adverteerder m.i. terecht toe om op zoek te gaan naar dat ene product waarvoor hij maximaal goedkoper is en om specifiek dat product te adverteren, zelfs indien hij voor tal van andere producten minder voordelig of zelfs duurder is.

Het honoreren van Pippigs betoog inzake het gemiddelde prijsverschil zou overigens voor grote praktische problemen hebben gezorgd en prijsvergelijkingen in bepaalde sectoren quasi onmogelijk hebben gemaakt. Zouden grootwarenhuizen bijvoorbeeld moeten overgaan tot een prijsvergelijking van de tienduizenden producten die ze in hun gamma voeren en waarvan de prijzen regelmatig worden aangepast, om nog maar te zwijgen over de vele producten die aan het gamma worden toegevoegd of eruit worden verwijderd? Een onmogelijke opdracht. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld telecomoperatoren die het vandaag al moeilijk genoeg hebben om individuele prijsformules op een correcte manier te vergelijken, laat staan dat dit mogelijk zou zijn voor het gemiddelde van alle mogelijke prijzen, tarieven, formules en pakketten.

25. Ook van belang is het feit dat het Hof heeft geoordeeld dat het de vrije economische keuze is van elke adverteerder hoe vaak hij zijn eigen producten en prijzen wil vergelijken met die van de concurrent. Een adverteerder kan, met andere woorden, elke week of zelfs meerder keren per week prijsvergelijkingen met een bepaalde concurrent lanceren.

Samen met het feit dat de adverteerder kan inzoomen op die producten waarvoor het prijsverschil het grootst is, opent dit de deur voor ware prijzenslagen waarbij verkoper 1 uitpakt met dit grote prijsverschil ten aanzien van verkoper 2 op product X, verkoper 2 vervolgens reageert met een omgekeerd prijsverschil met verkoper 1 op product Y, verkoper 1 die terugslaat en weer goedkoper is op product Z, enz.

26. Het feit dat het geadverteerde prijsverschil dus groter mag zijn dan het gemiddelde prijsverschil en dat het aantal vergelijkingen vrij is, vergemakkelijkt het voeren van prijsvergelijkingen aanzienlijk. Desalniettemin dient de adverteerder die tot dergelijke vergelijkingen overgaat zich te hoeden voor andere valkuilen.

Zo kan het herhaald voeren van prijsvergelijkende reclame waarbij wordt ingezoomd op de grootste prijsverschillen bij de consument in bepaalde omstandigheden de indruk wekken dat de adverteerder steeds en voor al zijn producten veel goedkoper is. Wanneer dit in werkelijkheid niet het geval is, zal de vergelijkende reclame die een dergelijke algemene prijssuperioriteit wekt misleidend zijn en alsnog ontoelaatbaar. Een mooi voorbeeld terzake betreft het hierboven reeds aangehaalde arrest van het Hof van Brussel van 11 juni 2002 waarin een prijsvergelijking die slechts betrekking had op een beperkt aantal producten werd veroordeeld omdat deze suggereerde dat de consument bij de adverteerder voor gelijk welke producten minder zou betalen<sup>16</sup>. Het Hof leidde dit onder meer af uit (1) het gebruik van twee winkelkarretjes die waren gevuld met 19 producten van diverse aard zoals deze voorkomen op het boodschappenlijstje van het doorsneegezin, (2) de keuze van de producten die op één na alles bij de adverteerder goedkoper waren dan bij de vergeleken concurrent en (3) het benadrukken van de globale prijs van de adverteerder en de vergeleken concurrent.

Verder mag de adverteerder op basis van een prijsvergelijking wel aangeven dat hij (voor die producten) goedkoper is dan zijn concurrent maar mag hij niet suggereren dat deze laatste daarom woekerprijzen of iets dergelijks aanrekent. Slogans als *“Tot ziens Sabena en de peperdure vluchten”*, *“Maar als U er absoluut op staat meer geld uit te geven, koop dan bijvoorbeeld een... Hij biedt U minder uitrusting en kost 221.500 BEF meer”* en *“Slachtoffers van gratis internet... betalen zich blauw”* zijn in het verleden dan ook reeds veroordeeld<sup>17</sup>.

<sup>16</sup>. *Jaarboek Handelspraktijken 2002*, 111. Voor een gelijkaardige zaak, zie Vz. Kh. Kortrijk 28 mei 2001, *Jaarboek Handelspraktijken 2001*, 149 waarin werd geoordeeld over de volgende prijsvergelijking. Een supermarkt had twee winkelkarretjes geplaatst met daarin telkens 32 producten. De producten in de ene kar waren aangekocht bij een concurrent (Huis Maria). Op de kar lag een kasticket met de totale prijs van de aangekochte producten en een door de supermarkt aangebrachte reclameboodschap *“Deze kar aangekocht bij Huis Maria – Wij zijn de goedkoopste”*. De producten in de andere kar waren aangekocht bij de adverterende supermarkt. Op de kar lag eveneens een kasticket met een, lagere, totale prijs en de reclameboodschap *“Vergelijkt de prijzen – GB prijs 3.087 – Huis Maria 3.306 – Wij zijn goedkoper 219 BEF”*. De rechtbank oordeelde dat een prijsvergelijking met betrekking tot een beperkt aantal artikelen uit een assortiment op zich niet misleidend was. Representativiteit zou immers geen zelfstandige eis zijn voor prijsvergelijkende reclame. Een dergelijke prijsvergelijking was echter wel misleidend wanneer ze ten onrechte suggereert dat elk product bij de supermarkttuitbater goedkoper zou zijn dan bij de concurrent. Dat was in deze zaak het geval nu de supermarkt op de winkelkarretjes enkel de totale prijs van de aangekochte producten had vermeld en zij in algemene termen had geponeerd *“de goedkoopste te zijn”*.

<sup>17</sup>. Vz. Kh. Brussel 10 juli 2001, *Jaarboek Handelspraktijken 2001*, 222 bevestigd door Brussel 4 december 2002, *Jaarboek Handelspraktijken 2002*, 130; Vz. Kh. Brussel 4 september 2000, onuitg., AR 3773/2000 en Vz. Kh. Brussel 5 januari 2001, *Jaarboek Handelspraktijken 2001*, 107.

## CONCLUSIE

27. Het belang van het geannoteerde arrest bestaat erin dat het Hof op diverse punten de ruimte heeft onderzocht die nog openligt om de mogelijkheden tot het voeren van vergelijkende reclame in het algemeen en prijsvergelijkingen in het bijzonder te beperken. Het Hof toont zich een grote voorstander van dergelijke reclame en sluit kordaat een aantal poortjes die het voeren van vergelijkende reclame in de praktijk zouden kunnen bemoeilijken. Een overzicht:

- de geoorloofdheid van vergelijkende reclame moet wat de vorm en inhoud van de vergelijking betreft aan de communautair vastgestelde criteria worden getoetst met uitsluiting van eventuele strengere, nationale bepalingen inzake bescherming tegen misleidende reclame;
- het begrip “*vergelijking*” wordt ruim geïnterpreteerd en het noemen van de aanbieding van de concurrent is al voldoende;
- vergelijkende reclame moet het merk van de concurrent niet noemen, zij het dat in bepaalde omstandigheden het niet-vermelden van het bekendste merk misleidend kan zijn;
- in vergelijkende reclame moeten de vergeleken producten niet via dezelfde distributiekkanalen zijn aange-schaft;
- een vergelijkende reclame mag gebaseerd zijn op een proefaankoop die plaats heeft gevonden vóór het begin van de eigen aanbieding van de adverteerder wanneer de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor vergelijkende reclame worden nageleefd;
- in vergelijkende reclame mag het prijsverschil tussen de vergeleken producten groter zijn dan het gemiddelde prijsverschil;
- er staat geen beperking op het aantal prijsvergelijkingen waartoe de adverteerder overgaat;
- een vergelijkende reclame mag het logo en de winkelgevel van de concurrent tonen wanneer de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor vergelijkende reclame worden nageleefd.

Het uitgangspunt van het Europese Hof dat de aan de vergelijkende reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest bevorderlijke zin moeten worden uitgelegd geeft ook voor de Belgische rechtbanken en hoven de richting aan die verder moet worden gevolgd.